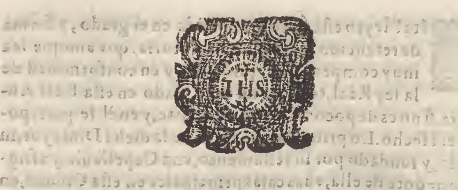


POR D. FRANCISCO DE MIRANDA

Marmolejo, Capellan de la Capellania, que enel Conuento de San Francisco de Paula fundò la buena memoria de D. Mayor Maldonado:

CON

D. MARIA DE LA TORRE,

y Don Francisco de Aragon, su marido:

PARA

Que se debuelua este pleito, ante todas cosas, a el Alcalde Don Iuan Llanos y Valdes, paraque execute la sentencia de remate, de que vino apelado.

N.1. ESte Pleyto està visto, y remitido en el grado, y forma de retencion, por injusticia notoria, que aunque sea muy competente, y juridico, y en conformidad de la ley Real, todavia no muy vsado en esta Real Audiencia, si no es de poco tiempo a esta parte, y en èl se presupone en el Hecho. Lo primero, que auiendo la dicha D. Mayor, instituido, y fundado por su testamento, vna Capellania, y assignado por dote de ella, vnas casas principales en esta Ciudad, en calle de Abades: y nombrado por su Capellan, a el dicho Don Francisco de Miranda; y por Patrono, a el Rector que por tiempo fuesse de el Collegio de las Vecas de la Alameda, nombrò por su Albacea testamentario, a Iuan Vazquez de Miranda: Y auiendose tratado, y conferido ante el Prouisor de este Arçobispado, de la perpetuidad de esta Capellania, parecio què tenia algun inconueniente, el que fuessen las dichas casas, dote desta Capellania, y que era mas a proposito q̃ se vendiessen, y su precio se diesse a tributo; y este fuesse el dote dela Capellania. Executose assi, y anduuieron en pregon, y remataronse en Miguel de Neue, vezino de esta Ciudad, de cuyo precio vltimamente pararon en su poder 1500. ducados, para darse à tributo, y de el constituir el dote de la Capellania.

2 Presuponese lo segundo, que auiendo tenido noticia de esto Doña Maria de la Torre, dio peticion ante el Prouisor, en que dixo como la auia tenido, y pretendia tomar el dicho tributo, obligandose ella, y su marido Melchor de Espejo, fincandola en los juros que señalaua, è hypothecando los bienes que ansi mesmo ofrecia, de que presentaua titulos: A que proueyò el Prouisor, que se lleuasse todo a el Letrado de Fabricas, en la forma ordinaria, para que lo viesse, y diesse su parecer: Y auiendose executado assi, y auiendolo visto, dio su parecer, cuya Clausula, en quanto puede mirar al pleyto presente, es de el tenor siguiente.

Clausula de el Parecer de el Letrado de Fabricas.

3 *E Imponiendo los dichos mil y quinientos ducados de vellon, sobre el Oficio perpetuo de Alguazil de los Veinte, y sobre la parte de juros, y demas bienes arriba mencionados; e hypothecando por expressa, y especial hypotheca,*

las

las dichas casas de la calle de el Arrayhan, Collacion de omnium Sanctorũ, con mas las casas grandes principales, que estan frontero de S. Iuan de la Palma: Y poniendo en la escriptura todas las condiciones, fuerças, y firmezas que en las tales escripturas se suelen poner, se les podra dar el dicho dinero a tributo: Conque antes que se le entreguen los dichos mil y quinientos ducados, dexẽ en poder de el Depositario, los quinientos ducados, o lo que montan los quinientos ducados de plata, con el interese de los trueques como corren, para redimir, alçar, y quitar el tributo de otra tanta cantidad, que los dichos Melchor Martinez de Espejo, y su muger, pagan a la Capellania de el Maestro Sancho de la Torre, de que arriba se ha fecho mencion. Y con esto podrà V. m. dar licentia q̃ se dé el dicho tributo a los dichos Melchor Martinez, y su muger: saluo, &c. El Licenciado Rodrigo Caro.

4 Lo tercero se presupone, que auiendose lleuado esto al Prouisor, proueyô el auto de el tenor siguiente.

Auto de el Prouisor.

5 EN Seuilla en nueue de Agosto de mil y seiscientos y treinta y cinco años, el Doctor Dionisio de Monserrate, Prouisor, y Vicario general de Seuilla, y su Arçobispado, auiendo visto estos autos, mandò se notifique a los Patronos, o Albaceas, o Capellanes de esta Capellania, que puedan tener interesse en dar este dinero a tributo, lo pedido por la dicha Doña Maria de la Torre, para que dentro de tercero dia, digan lo que tuuieren q̃ dezir; donde no, se procederà a dar este dinero à tributo a la susodicha.*

6 Y parece que se notificò al dicho Iuan Vazquez de Miranda, como Albacea, y respondio a la notificacion, *que auiendo visto el parecer del Letrado de Fabricas, se conformaua con el, y que el señor Prouisor podia mandar dar a la dicha Doña Maria, la licencia que pedia.*

7 Lo quarto se presupone, que auiendose lleuado segunda vez al Prouisor, proueyò el auto, y decreto de el tenor siguiente.

Auto de el Prouisor.

8 *EN Seuilla en cinco del mes de Septiembre de mil y seiscientos y treinta y cinco años, el señor Doctor Dionisio de Monserrate, Prouisor, y Vicario general, de Seuilla, y su Arçobispado, auiendo visto estos autos, dixo que daua, y dio licencia, para que se puedan dar, y den a tributo, y censo, mil y quinientos ducados de vellon, a la dicha Doña Maria de la Torre, obligandose la susodicha*

cha de mancomun,y su marido,imponiendolos a tributo,sobre los bienes conte nidos en el parecer del Letrado de Fabricas;conque antes que el dinero entre en su poder,redima,y dexe,los quinientos y veinte y cinco ducados de plata,q̃ paga a la Capellania,de que es Capellan el Maestro Sancho de la Torre,o la concurrente cantidad en vellon,y sobre ello se otorgue escriptura en forma, la qual se trayga ante su merced despues de otorgada,en la conformidad dicha, y conforme al dicho parecer,para que el dinero se mande dar.

9 Lo quinto se presupone, que como parece fol.18. en conformidad,y execucion de todo lo susodicho,se librò mandamiento del dicho Prouisor,hablando con el dicho Iuan Vazquez de Miranda,en que se le mandaua *que viesse el dicho parecer,y auto, y q̃ lo guardasse,y cumpliesse,segun y como en èl se contenia.*

10 Lo sexto se presupone,que estando el negocio en este estado, la dicha Doña Maria de la Torre,y su marido,solos,y sin interuencion de el dicho Iuan Vazquez de Miranda, otorgaron escriptura de imposiciō deste tributo, y enella ay las cōdiciones siguientes.

Primera condicion de la escriptura de imposicion de el tributo de esta Capellania.

11 *PRimeramente con condicion,q̃ auemos de ser obligados yo,y el dicho Melchor de Espejo,mi marido,è yo me obligo,y le obligo,por nuestras personas y bienes,y debaxo de la dicha mancomunidad, a que luego auemos de quitar, y redimir el dicho tributo de quinientos ducados de plata doble,que yo,y el dicho mi marido pagamos sobre los dichos bienes,a la dicha Capellania que fundaron Doña Maria de Mata,y Doña Ana de Fonseca,de que es Capellan el dicho Maestro Sancho de la Torre,mi hermano,y de entregar de ello fe de redempcion a el dicho Capellan,y a el dicho Iurado Iuan Vazquez de Mirāda, ante Escriuano,y como haga fe,cada y quando que se me pida, ò a el dicho mi marido: Y de no entregarle la dicha fe de redempcion,me obligo,y a el dicho mi marido,debaxo de la dicha mancomunidad,de pagar a la dicha Capellania,o a el dicho Don Francisco de Miranda su Capellan,y en su nombre al dicho Iurado Iuan Vazquez de Miranda su padre,los dichos quinientos ducados en reales de plata doble,para que de su mano haga la dicha redempcion,y por ellos,y los corridos que hasta entonces se debieren,me executen, y a el dicho mi marido,y a qualquiera de nos, con solo su juramento,y de quien su causa huuiere.*

Se-

Segunda condicion, que se pretende ser la llaue de este pleyto.

12 Y Con condicion que luego, cada vez, y quando, y en qualquiera tiempo que sea, que yo, o el dicho mi marido, o qualquiera de nos, y nuestros herederos, o otras qualesquiera persona, o personas por ellos, dieremos, y pagaremos a la dicha Capellania, y por ella al dicho Iurado Iuan Vazquez de Miranda, como Albacea que es de la dicha Doña Mayor Maldonado, mientras fuere vivo el dicho Iuan Vazquez de Miranda, los dichos mil y quinientos ducados en reales, de a onze reales cada vno, con mas sus corridos que se debieren hasta su Real paga, en moneda de vellon vsual, y que corra al tiempo de la redẽpcion, que valgan los mismos mil y quinientos ducados, y todos juntos en vna paga, y no en mas; con mas los dichos corridos q̃ se debieren, el dicho Iurado Iuan Vazquez de Miranda los ha de recebir, y entrar en su poder, para que de su mano, y a su satisfacion, los buelua a imponer de nueuo, a nombre de la dicha Capellania: Y fallecido que sea el dicho Iuan Vazquez de Miranda, haremos la dicha redempcion al Padre Rector que fuere del Colegio de N. Señora de la Cõcepcion, de la Compañia de Iesus, sito en esta Ciudad, en la Alameda, como Patrono que el dicho Padre Rector, es de la dicha Capellania, nombrado por la dicha Fundadora, para que como tal Patrono, el dicho Padre Rector, de su mano, y con licencia del señor Prouisor de este Arçobispado, e interuencion del Capellan que oy es, o fuere de la dicha Capellania, a nombre de ella, se impongan a tributo los dichos mil y quinientos ducados; y con hazer la dicha redempcion en esta forma, auemos de auer cumplido, y han de ser obligados a los recebir, y desde el dia que se recibieren, en adelante, el dicho tributo ha de quedar alçado, y quitado, y redimido de sobre los dichos bienes de su finca; los quales, y las dichas casas que seran hypothecadas, y nosotros, y demas nuestros bienes, y herederos, auemos de quedar libres del dicho tributo, y de su paga para siempre jamas; y esta escriptura en si ninguna, como si no se huuiesse otorgado.

13 Lo septimo se presupone, que auiendose otorgado esta escriptura, segũ parece, en seis de Septiembre de seiscientos y treinta y cinco, sin que el Prouisor la viesse, por lo que luego se dirà, despachô los dos mãdamientos siguientes, vno en pos de otro, sin parecer que huuiesse cosa ninguna intermedio.

Primero mandamiento de el Prouisor, su fecha en 11. de Setiembre de 1635.

14 *El Doctor Dionisio de Monserrate, Prouisor, y Vicario general de Seui-*

lla,

lla, y su Arçobispado. Mando en virtud de santa obediencia, so pena de excomunion mayor, trina, canonica, monitione præmissa, a Miguel de Neue, vezino de esta Ciudad, en quien paran mil y quinientos ducados de vellon, pertenecientes a la dote de la Capellania, que en el Monasterio de S. Francisco de Paula, fundò Doña Mayor Maldonado, de que es Capellan Don Francisco de Miranda Marmolejo, que dentro de vn dia de la notificacion, dé, y entregue la dicha cantidad a Doña Maria de la Torre, que los tiene a tributo sobre sus bienes, de que tiene otorgada escriptura ante Iuan Vazquez de Santa Cruz, Escriuano Publico de Seuilla, en seis de este presente mes, conque antes que el dicho dinero se le entregue, redima la susodicha, ó dexe los quinientos y veinte y cinco ducados de plata, que la dicha Doña Maria de la Torre, paga a la Capellania, que en la Iglesia de la Magdalena, fundó Doña Ana de Fonseca, de que es Capellan el Maestro Sancho de la Torre, o la concurrente cantidad en vellon, con el premio a como corriere, que con este mi mandamiento, y fe de paga de el dicho Escriuano, ante quien se ha de otorgar la carta de pago (el qual lo anote en el registro de la dicha escriptura de imposicion) será bien dado, y declaro que el dicho Miguel de Neue, ha cumplido con la obligacion que tiene, de entregar los dichos mil y quinientos ducados, para la dote de la dicha Capellania, y le doy por libre del dicho deposito, dada en Seuilla en onze de Septiembre de mil y seiscientos y treinta y cinco años. El Doctor Dionisio de Monserrate.

Segundo Mandamiento de el mesmo Prouisor.

15 *EL Doctor Dionisio de Monserrate, Prouisor, y Vicario general, de Seuilla, y su Arçobispado, mando a Miguel de Neue, en quien estan depositados mil y quinientos ducados, de la dote de la Capellania que fundò D. Mayor Maldonado, que dentro del dia de la notificacion, entregue el dicho dinero a Doña Maria de la Torre, que los ha tomado a tributo, segun, y en la forma que yo lo tengo mandado, y se contiene en los mandamientos por mi dados, conque declaro auer cumplido con el deposito que yo mandè hazer de la dicha cantidad, en Don Miguel Melgarejo, y le doy por libre del dicho deposito. En Seuilla a treze de Septiembre de mil y seiscientos y treinta y cinco.*

16 Lo octauo se presupone, que la dicha D. Maria de la Torre, en veinte de Mayo de seiscientos y quarenta y dos, entregò la cantidad de este tributo al dicho Iuan Vazquez de Miranda, de que le otorgò la escriptura, de que ay fe en estos autos fol. 43. que es del tenor siguiente.

Yo

17 YO Pedro Ramirez de Ayala, Escriuano Publico de Seuilla, doy fe, que ante mi, en veinte dias del mes de Mayo de seiscientos y quarenta y dos años, Iuan Vazquez de Miranda, Iurado de Seuilla, como padre, y legitimo administrador que es de Don Francisco de Miranda Marmolejo, Capellan perpetuo de la Capellania que dexô, y fundô, en el Colegio de san Francisco de Paula, de esta Ciudad de Seuilla, Doña Mayor Maldonado, difunta: Y assimesmo como Albacea que es, y quedó de la dicha Doña Mayor Maldonado: Otorgó en fauor de Doña Maria de la Torre, viuda de Melchor Martinez de Espejo, vezina de esta ciudad de Seuilla, y dixo que por quanto la susodicha por si, y en nombre del dicho su marido, y en virtud de su poder, vendio, impuso, y situó, y hizo venta Real, é imposicion en fauor de la dicha Capellania, de setenta y cinco ducados en reales de a onze reales cada vno, en moneda de vellon, de tributo, y renta cada vn año, y por ellos mil y quinientos ducados en reales en moneda de vellon, de su precio principal, a razon de a veinte mil maravedis el millar, sobre ciertos sus bienes, y con hypotheca de ciertas casas, y con ciertas condiciones, como consta de la escriptura de venta, e imposicion del dicho tributo, que passò ante Iuan Vazquez de santa Cruz, Escriuano publico que fue de Seuilla, en seis de Septiembre del año passado de mil y seiscientos y treinta y cinco, y mediante que vna de las condiciones de la dicha escriptura, dize que luego, cada vez, y quando, y en qualquiera tiempo que la dicha Doña Maria de la Torre, o el dicho su marido, dieren, y pagaren a la dicha Capellania, y al dicho Iurado por ella, y como Albacea que es de la dicha Doña Mayor Maldonado, mientras fuere viuo, los dichos vn mil y quinientos ducados, con mas sus corridos que se debieren hasta su real paga, en moneda de vellon, todos juntos, en vna paga, y no en mas, los auia de recebir, y entrar en su poder, para que de su mano, y a su satisfacion los buelua a imponer de nueuo, a nombre de la dicha Capellania; Mediante lo qual, la dicha Doña Maria de la Torre, le redimio el dicho tributo, y le dio, y pagó los dichos mil y quinientos ducados de su precio principal, con mas sus corridos hasta el dia de la redempcion, todo ello realmente, y con efecto, en mi presencia, de cuya paga, y entrego, di fe, quedaron en poder del dicho Iurado Iuan Vazquez de Miranda, de que se dio por pagado a su voluntad, y dio por ninguna la escritura de imposicion, y consintio se anote esta redempcion, y chancelacion, en el registro de la dicha escriptura, a su margen: Y assimesmo se tilde, y borre de los libros de Cabildo, y Regimiento de esta ciudad, la razon que en ellos estuuiere escrita, y assentada, de los bienes de la situacion, e hypotheca del dicho tributo; y en su lugar se anote, y ponga esta redempcion, y chancelacion, para que en todo tiempo conste de ello, y dio por libre a la dicha D. Maria de la Torre, y

a sus

a sus bienes para siempre jamas, como todo lo susodicho mas largamente consta, y parece por la dicha escriptura de redempcion, a que me refiero, y de ella doy esta fe para que de ello conste, en Sevilla a veinte y tres de Mayo de seiscientos y quarenta y dos años.

18 Esto assi presupuesto en el Hecho, y aviendo sido sentenciado este pleyto de remate, por el Alcalde Don Iuan de Llanos, y el Licenciado Duran de Torres, su acompañado, por averle recusado, fue introducido en esta Real Audiencia, en grado de apelacion, y en ella con la calidad de retencion, y denegamiento de el efecto suspensiuo, por nullidad, è injusticia notoria, la qual se pretende fundar por la Rea, executada en las alegaciones, y fundamentos siguientes, que todos fielmente, y a la letra, sin perdonar a ninguno, iran aqui puestos, paraque mas biẽ pueda caer su respuesta; y con la presente vista de lo vno, y lo otro, ilustrarse los meritos de la justicia de las partes.

Primum Fundamentum, siue prima dubitandi Ratio.

19 PAra que la sentencia de remate pueda, y deba perder el efecto suspensiuo de su apelacion, es precisamente necessario, q̃ el Reo executado no pruebe sus excepciones legitimas, en los diez dias: Sed sic est, que Doña Maria de la Torre, tiene cumplido con este requisito, y probado en los diez dias, la redempciõ de este tributo, con la escriptura de redempcion que se acaba de insertar num. 17. Ergo habet intentum, y que la apelaciõ de esta sentencia de remate no ha perdido el efecto suspensiuo. La mayor proposicion de la argumentacion de este sillogismo prueba bien la ley 3. tit. 21. lib. 4. recop. que es justo apoyo de este grado de injusticia notoria, ibi: *Y passados los dichos diez dias, si el Reo no probàre en ellos la dicha excepcion, que el remate se haga, como la dicha ley de Toledo dispone, sin embargo de qualquiera apelacion que de ello se interpusiere, y de qualquiera nulidad, que contra la dicha execucion, y remate, se alegue.*

20 La menor, se prueba tambien, porque la excepcion de paga y redempcion, demas de ser la primera, y mas legitima de Derecho, y que segun sus principios vulgares; *solutione eius quod debetur, omnis tollitur obligatio:* principio institut. quibus modis tollitur

cur obligatio, tambien es la primera de la via executiua, l.1.d. tit.21.lib.4.recop.ibi: *Mandamos que contra las obligaciones, y contratos, compromissos, o sentencias, o otras qualesquiera escripturas que tengã aparejada execucion, que no sea admitida, ni recebida por nuestros Iuezes, ninguna otra excepcion, ni defension, saluo paga del deudor, &c.*

21 Ergo bien se consigue que pues està probada la paga, conforme a la ley.1. surte efecto suspensiuo la apelacion, conforme q la ley.3. pues sus palabras condicionales in sensu directo, ibi: *Si no probaren la excepcion, hagase el remate sin embargo de apelacion;* En el contrario tambien disponen, *que si probaren la excepcion, no se haga el remate sin embargo de apelacion.*

Secundum Fundamentum, siue secunda dubitandi Ratio.

22 DIzen los Abogados de Doña Maria, que no debe perturbar este fundamento, el defecto de solemnidad en la redempcion, que por Derecho, y Constitucion Synodal del Arçobispado, se le pretende oponer, y que no solo en la via executiua en que se opone, pero ni en la ordinaria pudiera dar justo fundamento a la Capellania, inspecta la clausula de la escriptura referida num.12. adonde se dio forma de redimir, a Iuan Vazquez de Miranda, y que a el mesmo se redimio, y guardò, esta forma que dio ley al contrato, que esso obra la conuencion de las partes, reg. contractus de regulis iuris lib.6.l.1.§.si conuenit ff. depositi, y que lo mesmo fuera, si D. Maria huuiera paccionado *que echàra el dinero en la Mar*, l. Mænius. ff. de condit. & demonstrat. ibi: *Quid enim interst vtrùm tali personæ dare iubeatur, ant in alio loco ponere, vel in mare dejicere:* bonus textus in l. nec ex prætorio 27. ff. de reg. iuris, ibi: *Nisi tunc cum inchoatur actio inter eos conuenit;* melior textus in l.4.§.si ab ignoto. ff. de manumissionibus, elegan ter Guiurba decis.79.n.20.ibi: *Qui primi contractus formam seruare tantùm debuit in redimendo, ea namque lege contraxit, vt simpliciter possit quandocumque redimere, nulla solemnitate adhibita:* Ergo tanto en via executiua, quanto en ordinaria, parece que no tiene fundamento la Capellania; y mas, considerado que de la mesma forma, y manera, que la escriptura es guarentigia para executarla, como ella quiere, tambien lo debe ser para excluirla con la dicha re-

dempcion, como pretende la Rea executada; porque lo debe ser igualmente para vno, y otro; como en terminos mas fuertes, y precisos, y en redempcion de tributo, con defecto de solemnidad, lo resoluio Guiurba.d.decis.79.n.21. Mayormente que la dicha calidad inest, y es parte del contrato executiuo, y no se puede abraçar en parte, y repudiar en parte, ni diuidirle, abraçando lo fauorable, a si mesmo, y repudiando lo fauorable, a su contrayente; contra reg. iuris naturalis, de qua in.l. secundum naturam.ff.de regul.iuris, regula qui sentit eodem tit. lib. 6. cũ vulgatis.

Tertium Fundamentum, siue tertia dubitandi Ratio.

23 Dizen los Abogados de Doña Maria, que en esta materia de redempcion de tributos, y forma de ellas, ay diuersas opiniones, y que ay algunos tributos, en cuya redempcion se debe guardar cierta forma, y solemnidad: Y que en estos es duda, *Si toca al Redimente el inquirirla para auerla de guardar, quando en la imposicion no huuo mas que vna desnuda clausula de poder redimir?* Porque si en la imposicion huuo clausula de redimir en cierta forma, no ay duda de que esta se debe guardar: y que otras redempciones ay, calificadas, ratione persone creditoris; porque se hazen a Menor, ò a Iglesia, ò a otros semejantes, que ratione personæ tienẽ embebida la dicha forma, o solemnidad: Y que en estos es la question, *si en el contrato no ay forma de redimir, si necessita en la tal redempcion de decreto judicial?* Sed sic est, que dizen que el caso presente, aunque bien participa de todo, no todavia se acomoda en todo, sino en parte: Pero que en entrambos casos, con muy largo compendio lo resuelue Guiurba sepe citata decis.79 à.n.16 cum seqq. la qual dizen que tiene muy solidos fundamentos, y que aunque el Doctor Feliciano de Solis, fue de contraria opinion.2.tom.de censibus, lib.4.cap.vnico à num.7.& 8. y tuuo, *que de qualquiera manera, en la redempcion de tributos de Menores, o Iglesias, debe precisamente interuenir decreto judicial*; Todavia lo cõtrario se ha de tener, y que Feliciano se mouio por vn fundamento erroneo, que fue entender que la redempcion de los tributos era enagenacion, y que siendolo no era mucho que dixesse *que necessitaua de decreto:* Pero que lo contrario es cierto, y que es verdadera-

deramente paga, y no enagenacion, cómo lo tuuo Martin Mõter, y el Padre Fr. Manuel Rodriguez, en los lugares que los cita, dictus Guiurba d. decis. 79. n. . el qual desde el num. 42. responde a Feliciano; y (lo que mas es) le reprehende, y entiende bien al señor Luis de Molina, y a Cancerio, y constantemente, tiene *que la redempcion de los tributos no es enagenacion*, y que mas copiosamente lo dize, y prueba en la decision 69. n. 5.

Quartum Fundamentum, siue quarta dubitandi Ratio.

24 Añaden los Abogados de Doña Maria, este quarto, en cõfirmacion del tercero, y dizen que Feliciano no se fundò mas que en las leyes generales, que dan forma a la paga que se haze al Menor, y que para ello pudiera apretar mas con la disposicion de la ley. 4. tit. 14. partit. 5. que en el Menor, no dexaua de causar alguna dificultad para la redempcion, respecto de auer forma dada por la dicha ley de la partida, y que esta es, *que aya precisamente decreto judicial*: aunque conforme a la resolucion de Tiraquelo lib. 1. retract. §. 19. glos. 1. n. 4. y del mesmo Guiurba vbi proximè, respecto de no ser la redempcion nueuo contracto, dizen que muy poca obstancia podia hazer la ley de la Partida, respecto que en sus bienes no se halla dada esta forma de aquella ley, ni Feliciano para este particular se funda mas, que en las reglas ordinarias de la enagenacion de los bienes de la Iglesia, se necessita precisamente de decreto, cap. hoc ius porrectum 10. q. 2. cap. sine exceptione 12. q. 2. cap. nulli de rebus Ecclesiæ; todos los quales hablan en enagenacion: cuyo nombre no quadra a la redempcion, vt tenet Guiurba vbi supra, y parece que lo siente el mesmo Feliciano 1. tom. lib. 2. cap. vlti. n. 3. en quanto dize *que de la redempcion no se paga alcabala*; y que si fuera enagenacion, se debiera, y pagara.

Quintum Fundamentum, siue quinta dubitandi Ratio.

25 POnderan los Abogados de Doña Maria, que en tanto caso fue aprobada la persona de Iuan Vazquez de Miranda, para

poderſele redimir eſte tributo, q̃ nõ ſolamente ſe le propuſo, que era Albacea por ſu vida, ſino que tambien ſe dio à entẽder que era dueño del negocio, y que fol. 26. quando ſe ordenò, q̃ la dicha D. Maria huuieſſe de redimir los quinientos ducados de la Capellanía, de que era Capellan el Maeſtro Sancho de la Torre, ſe dixo, *que auia de ſer à eſte Albacea*: Y tambien fol. 23. ſe dixo, *que los reditos del tributo ſobre que es eſte pleyto, ſe auian de pagar al dicho Iuan Vazquez en quanto viuieſſe, o a lo menos en quanto Don Franciſco de Miranda ſu hijo, Capellan de eſta Capellania, no tuuieſſe edad de catorze años*: Y que vltimadamente fol. 27. fue condicion expreſſa, *que la redempcion de eſte tributo, ſe auia de hazer al dicho Iuan Vazquez de Miranda, ſiendo viuo al tiempo del redimir*: Y añade, que à todo eſto precedio conocimiento de cauſa, autoridad, y decreto del Prouiſor, que proueyò el auto que eſtà fol. 17. en que dize, *que mandó hazer la eſcriptura en eſta conformidad, y que fecha ſe le lleuaſſe, y que en efecto ſe le lleuó, y que viſta por el, mandó deſpachar, y ſe deſpachò mandamiento para que ſe pagaſſe el dinero a la dicha Doña Maria*, que eſtà inſerto en la meſma carta de pago referida. n. 14. y q̃ nunca, ni en vno, ni en otro, ſe hizo mencion de la Synodal, ni de la forma de la redempcion de ella, y que no auiendoſe acordado de ella el Letrado de Fabricas, ni el Prouiſor, no es mucho que de ella no tuuieſſe noticia Doña Maria, para guardar ſu forma; Y conſequẽtemente no ſe puede dezir que tuuieſſe dolo, o culpa, de que le releuò la condicion de redempcion de la meſma eſcriptura; y antes con mayor razon ſe debio imputar al Prouiſor eſta culpa, pues era de ſu cargo declarar al Redimente en forma clara la de la dicha redempcion Synodal, ex. l. veteribus. ff. de pactis cũ vulgatis.

Sextum Fundamentum, ſiue ſexta dubitandi Ratio.

26 ESta es reſponſoria a la tacita objeccion de la precediente, hoc eſt, que no ſe podrà dezir, que eſta era ignorancia de derecho del Synodo, y que no puede alegarla, ni valerſe della D. Maria: Porque eſta regla ſe limitá en la muger. l. cum de indebito. §. ſin autem. ff. de probationib. l. 31. tit. 14. partit. 5. adonde à la Muger, al Soldado, y al Menor, no les corre obligacion de ſaber las leyes; de que reſulta auerſele de declarar el fauor del

Veleya-

Veleyano, leyes de Partida, y de Toro, quando las renuncian, ex quo efficax videtur confici argumentum, que si esto procede en estas leyes que se hallan insertas in corpore iuris; con mucho mayor razon debe proceder en vna Constitucion de el Synodo, que no lo està, Imo que es tan estraña, que raros son los Abogados que tengan el libro de las Constituciones Synodales.

Septimum Fundamentum, siue septima dubitandi Ratio.

27 PArece que fauorece a Doña Maria, vna doctrina de Paulo de Castro, referida por Vincencio de Franquis, decis. 206. n. 16. adonde en materia de pagas hechas, no por muger, sino por varon, dize, *que contra el deudor que paga, no se ha de andar por sutilezas del Derecho*: Y que mucho mas parece militar en este caso, adonde Doña Maria pagò a quien se le ordenò, y ante el Iuez seglar, que es el del Redimente, vt tenet Felicianus. 2. tom. lib. 4. cap. vnico. n. 1. & 3. §. sed coram, Auendaño de cẽsibus, cap. 102. n. 15. Rodriguez de reditibus lib. 1. q. 18. n. 53. vers. & notabis.

Octauum Fundamentum, siue octaua dubitandi Ratio.

28 DIzen los Abogados de Doña Maria, que en el fuero seglar se tienen de guardar las Leyes Ciuiles, y el Derecho Canonico, vt in. l. 1. Tauri, & in. l. 3. tit. 1. lib. 2. recopil. Y que esta es, que el Derecho Canonico se guarde en el fuero seglar, en materia que consigo traiga pecado, vt notatur in cap. 1. & 2. de noui operis: Azebedo in rubrica dict. tit. 1. n. 14. y 17. Y como esto de redimir tributos no es materia pecaminosa, no importa que no se aya guardado la Constitucion del Synodo; mayormẽte que la dicha Synodal, no es Ley general Canonica, sino Statuto particular de este Arçobispado: Y aun los de las Ciudades no ligan no estando confirmados por su Magestad, o su Consejo, Azebedo vbi supra num. 8. y 12. y estos han de ser recebidos en el vso; y el vso lo ha de probar quien lo alega, Marta de iurisdict. c. 19. n. 12.

Nonum Fundamentum, siue nona dubitandi Ratio.

29 DIzen que esta Synodal tiene decreto irritante de las redépciones, y demas dello pena a los inobseruantes dela forma de ella; y q̃ con solo esto no se puede estender mas de a los Clerigos, y no comprehender a los legos que no son de la jurisdiccion del Ordinario, ex.l.fin.ff. de iurisdict. omnium iudicum, bonus textus in materia in cap.2.§.statuto de constitutionibus lib.6. porque las leyes nunca tienen facultad de ligar a los no subditos, vt notatur in.l.1.C.de summa Trinitate.

Decimum Fundamentum, siue decima dubitandi Ratio.

30 AÑadio, vno de los Abogados de Doña Maria, a la vista de este pleyto, por fundamento vna decision, a que llama en terminos, y es de Iosepho de Seslè.255.tom.3 desde el.num.14.en quanto dize *que la condicion, y pacto de redimir en los tributos, y en los instrumentos de ellos, insunt tacitè, vel expressè, ipsis instrumentis, & opponi possunt nôn obstante statuto exceptionum prorsus exclusiuo; quia non opponit cõtra instrumentum, qui nititur ex instrumento: Et quia ita est confessionatum, guarentigiatum, & executibile pro vna parte, sicut est pro altera, y que de esta calidad, es, la excepcion de la redempcion, y que quien lo presenta para executar, tambien aprueba la clausula de redimir; y que no lo puede scindir, diuidir, ni delacerar; aprobandolo para lo vno, y reprobandolo para lo otro, ex principijs iuris vulgatissimis.*

Vndecimum Fundamentum, siue vndecima dubitandi Ratio.

31 AÑadio el mesmo Abogado a la vista, que es regla de Derecho, que el que contrata con otro (tenga la calidad que tuuiere) aora sea esclauo, ladron, v de otra qualquiera calidad, y le queda deudor de aquel contracto, la mesma legitimacion de persona que tuuo para contratar, le queda, y se conserua en èl para distratar, y pagarle aquello de que por el contrato quedô deudor: Y que esta conclusion se prueba en la ley quod seruus

35.ff.de solutionibus: Ac subinde, que de esto se comprueba q̃ aun quando no estuuiera tan expressa, y clara, la facultad de redimir a Iuan Vazquez de Miranda, por tan solamente el ser èl la persona contrayente, eo ipso era legitima para distrayente, y para poderselе redimir este tributo.

Duodecimum Fundamentum, siue duodecima dubitandi Ratio.

32 Añadio vltimamente el mesmo Abogado por su parte, que en las vias executiuas, y en los juizios, y processos de ellas, no ay replicacion, ni mas de tan solamente accion, y excepciõ, ni se hallarà que las leyes deste Reyno, hagan mencion de otra cosa, mas que de excepciones tan solamente, vt in.l.1. & seqq. y mejor en la ley.19.(que solo vino à dar forma à la via executiua) tit.21.lib.4.recopil. Sed sic est, que en el caso presente no ay, ni se debe considerar otra cosa mas de la accion de la Capellania executante, y la excepcion de paga de Doña Maria executada, y por ser excepcion legitima, y de paga, probada por instrumento, no debe dar lugar a otra cosa mas que a anullar, o reuocar la execucion, vt in.d.l.3.tit.21.lib.4.recopil. en las palabras que ya dexamos ponderadas supra num.19. Y alegò para esto a Nicolas Garcia de beneficijs.1.p.cap.5.§.4.à.nu.556. adõde aun parece que dize mas, *que se ha de estar a la excepcion, de tal manera que aunque el replicante quiera replicar contra la excepcion, y en fuerça de su replica pretender que no se ha de admitir, porque requirit altiorẽ indaginem*, dize, y prueba, *que no obsta, quia altior indago oritur ex replicatione actoris: vnde non videtur reseruanda in aliud iuditium*: Aplicando esta doctrina al caso presente, dize que la accion de la Capellania executante, està eneruada, y extinguida, por la excepciõ de la paga, y redempcion de este tributo: Y que aunque el Capellan replique diziendo *auer sido nula, y defectuosa la redempcion*; esta replicacion *non est vsque adeo sui valitura momento, q̃ pueda, y deba obrar fundamento a la via executiua, ni hazer la excepcion de redempcion altioris indaginis, quia huiusmodi altior indago non oritur ex natura ipsius exceptionis: sed potius ex accidenti replicationis; quasi tunc non tam exceptio, quam replicatio sit quae altiorem requirit indaginem.*

33 Pero his nihil refragantibus, parece bien fundada la justicia de

de la Capellania, y que conforme a ella la ſentencia de remate de el Inferior, no ſolamente no padece defecto de notoria injuſticia; antes cõtiene notoria juſticia: y que de ello reſulta, lo primero, que ſe le ha de conceder al Capellan, la deuolucion para que ſe execute por aora, y la confirmacion de la meſma ſentencia a ſu tiempo: Para lo qual, como en el Hecho auemos preſupueſto algunas coſas, aora en el Derecho, auemos de premitir algunos principios, como euidenciales de la materia, y ſea el primero, q̃ por Derecho deſte Reyno, y ley de la Partida. 4. tit. 14. partit. 5. eſtà mandado *que deba ſer apercebido todo ome que oviere de fazer alguna paga al menor de veinte y cinco años, para fazerla de manera que non la aya de pagar otra vez, e para ſer ſeguro de eſto, debe pagar lo q̃ debe a él, o a ſu guardador, con otorgamiento, o mandamiento del Iuez del lugar, ca, ſi de otra guiſa lo fizieſſe, e deſpues jugaſſe los dineros que fueſſen pagados, o los mal metieſſe, o los perdieſſe en alguna manera, non ſeria quito por ende de el deudo, antes dezimos que lo auria de pagar otra vez.*

34 Lo ſegundo ſe debe premitir, que es valido el argumento en Derecho à minore, ad Eccleſiam, & vice verſa ab Eccleſia, ad minorem, latè Barboſa poſt multos, loco 72. & probatur in capite 1. de in integrum reſtitutione, ibi: *Eccleſia fingitur iure minoris.*

35 Lo tercero ſe preſupone que aunque baſtàra eſta generalidad implicita, en eſte Arçobiſpado ay explicita diſpoſicion q̃ la confirma, que es la Synodal de el, en el titulo de rebus Eccleſiæ cap. 5. que diſpone, *que los Patronos, ni los Capellanes, de las Capellanias de nueſtro Arçobiſpado, no tomen, ni reciban en ſu poder, los marauediſes de tributos, que ſe huuieren de redimir de las dichas Capellanias, ſino q̃ las perſonas que los huuieren de redimir, acudan a nueſtro Prouiſor, para que nombre Depoſitarios de los dichos marauediſes, y prouea lo que conuenga, ſo pena que los que los dieren a los ſobredichos no queden libres, ni los tributos ſe ayan por redimidos.*

36 Lo quarto ſe preſupone aſsimeſmo, que la dicha Synodal, en las Capellanias de eſte Arçobiſpado (de la meſma forma, y manera que la dicha ley de Partida en todos los debitos de los menores) tienen dado forma, y conſtituido, vna condicion embebida naturalmente en todos los pagamentos de deudas de menores, y redempcion de tributos de Capellanias, taliter que tenga la deuda del menor qualquiera forma de palabras que tuuiere en ſu conſtitucion, o el tributo de la Capellania

en ſu

en ſu impoſicion, la ley, y ſu fuerça, y eficacia obra, que ſiempre en vno, y otro, cenſetur appoſita conditio & qualitas, *que para la diſtraccion ſe ha de acudir en el menor al Iuez competente ſuyo; y en las Capellanias al Prouiſor de eſte Arçobiſpado:* Porque eſtas ſon condiciones generales de eſtos contratos, en las quales ningũ Inferior puede diſpenſar, ni poner condicion en contrario, vt (exempli gratia) en las rentas reales, los arrendamientos de ellas, ſiempre ſon, y ſe entienden hechos conforme a las códiciones generales del tit. 9. lib. 9. recopil. Y aunque no ſe expreſſaran, y los Contadores, ò Hazedores de rentas, puſieran coſa en contrario, nadie pudiera dezir que aquello auia de valer, ni prejudicar al derecho de ſu Mageſtad, ni dexarſe de guardar todas las dichas condiciones.

37 De eſte lugar, es, y antes de paſſar adelante, remouer vna tacita objeccion de que ſe pretende valer Doña Maria de la Torre, y tocaron ſus Abogados à la viſta; A ſaber, que reconociendo la fuerça, y eficacia de eſta ley de Partida; y del Synodo, dizen que ya ſe cumplio con la forma de ellas, y que el Prouiſor (que ſegun pienſan, aprobò la condicion de la eſcriptura, referida num. 12.) en eſta aprobacion nombrò por Depoſitario mientras viuieſſe, a Iuan Vazquez de Miranda, ac ſubinde, *que con auerle redimido a el, ſatisfactum eſt formæ Conſtitutionis Synodalis;* y que no ay que imputarſele a Doña Maria eſte defecto.

38 Para cuya refutacion es meneſter recurrir in primis a la genuina razon de decidir, de las dichas leyes de Partida, y Synodo, y luego al tenor de ſus palabras; conque no dexarà de quedar bien demonſtrado el conuencimiento de eſta pretenſion.

39 Y la razon deciſiua es, que en tanto caſo quiſieron eſtas leyes aſſegurar a los Menores, y Capellanias, de la certeza de lo que ſe les debieſſe, y huuieſſe de pagar, que no fiaron nada del decernimiento, y fianças que dierõ los Tutores, o Curadores, quando fueron recebidos; ni del nombramiento, que los fieles fundadores, en la fundacion de ſus Capellanias, hizieron, de Patronos, y Capellanes; ſino que ſin embargo de todo eſto, para recebir qualquiera paga, o redempcion, el Iuez, o Prouiſor reſpectiuamente, hic, & nunc, y en el inſtante ſolutionis, vel redemptionis, examinaſſen muy eſtrecha, y riguroſamente, las fuerças, calidad, y eſtado del Tutor, y Curador, ò Depo

sitario,en cuyo poder debia entrar el dinero;taliter que no ay que hazer caso,ni venir en consideracion,si dixesse el deudor del menor: *O señor,que yo guardé el rigor de las palabras de mi escriptura,adonde me obliguè a pagar a el menor,y a fulano su Tutor, y Curador!* Porque todavia con solo que soy deudor de menor,si pretendo pagar bien,y seguramente,debo ser apercebido de pagar con autoridad,y mandamiento del Iuez de el Lugar,y de redimir,entregando la suerte principal con authoridad de el Prouisor,y al Depositario que èl nombrare: Imo, lo que mas es, aunque la forma de las escripturas, tuuiera las mesmas palabras formales que aqui se refieren,nunca todavia pudiera venir en disputa,auerse de entender *siendo con authoridad del Iuez,o Prouisor*;assi en fuerça de lo que està dicho,y que este es el mesmo caso en que estas leyes hablan,y disponen,y con cuya disposicion,siempre son vistos conformarse los contrayentes; como,y porque,verba ipsa cōtractus semper ciuili modo sunt intelligenda,l.si cui.9.ff.de seruitutibus cum vulgatis.

40 De adonde dimana que no se atiende,ni hablan estas leyes del tiempo de la constitucion de la deuda,o del censo,que en esso no està el peligro;sino en el tiempo de la resolucion, y liberacion,en que està el peligro,y a que la ley quiso preuenir, y ocurrir;argumento textus in cap.vbi periculum de electione lib.6.cum vulgatis: Y en esta conformidad vienen,y se entienden bien,las palabras de la ley de Partida,y Synodal, ibi; *que las personas que los huuieren de redimir,acudā a nuestro Prouisor,&c.* Plane todas estas palabras,*acudan a nuestro Prouisor*,dizen cō euidencia,que el Prouisor,a quien han de acudir,ha de ser el que entonces lo fuere,y estuuiere en la silla; assi porque qualitas iuncta verbo intelligitur secundum tempus verbi, l.in delictis.4.§.1.ff.de noxalibus,cum multis congestis à Velasco in locis communibus, litera.Q.n.12. Como, y porque estas leyes requieren examen de la idoneidad de el Receptor, o Depositario,en cuyo poder ha de entrar el pagamento,o redēpcion; Y esta ha de ser presente al ministro,que tunc temporis,lo ha de examinar, y no es capaz de ello el Iuez que muchos años antes ocupaua la silla,y pudo entonces,y en su tiempo, ser el Tutor,y sus Fiadores,o Depositario,muy abonados; y por el contrario muy decaidos de bienes, y fortuna, al tiempo de la

reso

lucion de los contratos; Conque la ley viniera a quedar muy manca, y su remedio no adequado; sino inepto para el fin que la mesma ley pretendia; quod esset absurdum, & contra vulgatissimum axioma, *quod lex, & natura nunquam deficiunt in necessarijs.*

41 Y esta razon procede eminentemente, y cõ duplicada fuerça, en la redempcion de tributos de Capellanias, en que habla la Synodal, mas que en las deudas sueltas, en que habla la ley de la Partida, adonde el menor quedaua bastantemente resguardado con entrar los marauedises de qualquiera deuda, en poder de su Tutor, pues eo ipso, y con solo transcurso de espacio bimestre, o poco mayor; se le auian de cargar al Tutor, en fauor del menor, reditos tutelares: Y porque esto no tiene lugar en las Capellanias, y el Prouisor debe cuydar de que se tornen a imponer con suma breuedad, tambien para esto debe precisamente interuenir su autoridad en las redempciones, como lo manda la dicha Synodal, ibi, *para que nombre Depositarios de los dichos marauedises, y prouea lo que conuenga.*

42 Lo quinto, assi mesmo se debe premitir, que Doña Maria de la Torre, otorgò esta escritura, y puso aquella condicion de su propria autoridad, y sin interuencion de parte aceptante, ni stipulante, porque no puede con razon dezir, que lo huuiesse sido, ni interuenido Iuan Vazquez de Miranda, respecto de que se halla tan lexos de esto, que antes (como luego se verà) el mesmo dixo lo contrario, aduirtiendo que lo q̃ aqui se dificultò, y para que huuo conocimiento de causa, e interposicion de decreto, fue, *para ver si era conueniente dar este dinero a tributo a Doña Maria de la Torre, y si los bienes, o fincas, en que lo imponia, e hipotecaua, eran saneados*; y todos concurrieron, en que lo eran; pero las calidades de la obligacion (demas de que conforme a Derecho se suponian) no se contentaron con la suposicion implicita, y legal; sino que passaron a ponerla explicita, y conuencional: como parece en el parecer del Letrado de fabricas, num. 3. ibi: *Y poniendo en la escritura todas las condiciones, fuerças, y firmezas, que en las tales escrituras se suelen poner.* Planè, vna de las condiciones es la de la Synodal, y lo mesmo en el auto del decreto del Prouisor, num. 5. ibi: *Mando se notifique à los Patronos, Albaceas, o Capellanes de esta Capellania, que pueden tener interesse*

& Curatoribus; Clementina quia contingit.§.illi etiam de Religiosis domibus,& ibi glosa verbo Tutorum, iunctis late resolutis per Gratian.2.tom.cap.395.à num.14. Adhuc todavia estas palabras se auian de entender *ciuili modo, y con authoridad, y mandamiento de Iuez*; Y de otra manera no podian parir liberacion, ni seguridad de tornar a pagar otra vez, al deudor que de otra manera pagò, vt demonstrauimus supra. n. 39. ad finem.

47 Lo sexto se ha, y debe premitir, vna doctrina muy notable, y bien considerada con grande agudeza por Antonio Fabro, in.l.si cum tu.ff.de pactis, y es, que el Iurisconsulto en sus alegaciones, tanto en las razones de dudar, quanto en las de decidir, ha, y debe yr siempre con vn presupuesto, y este es, que todas las doctrinas que alegare, tãto para razones de dudar, quãto para razones de decidir, han de ser en si verdaderas, y solo en esto ha de auer la diferencia, que en las razones de dudar, siendo verdaderas, no han de ser bien aplicadas; y en las de decidir, han de tener copulatiuamente entrambas cosas, ser verdaderas, y ser bien aplicadas: Item, que como en todas las cosas del mundo) ay Superior, y Inferior; tãbien lo ay en los principios de el Derecho, que conforme al mesmo, ay algunos, q̃ tienen superioridad a otros, y en el mesmo instante, que concurren, *principium principio cedit, & ab eo vinci necesse est.*

48 His præmissis, ya con la respuesta de los fundamentos contrarios, serà mas clara la justicia, que defendemos, y refutandolos por el orden que van puestos; y en forma argumentatiua, en quanto al primero concedemos la mayor proposicion, y negamos la menor, hoc est, *que esté probada la redempcion de este tributo, y la excepcion de paga*: Porque lo contrario es cierto en Derecho, y que no lo està, y consta bien por lo que tan largamente dexamos fundado; y consequentemente que la accion de el tributo, y la imposicion de la Capellania, està en pie en toda su fuerça, y vigor, no rota, ni cancelada, ni en alguna parte suya sospechosa: Y por el contrario, la excepcion de paga, y redempcion, no es liquida, legitima, ni liberatoria, por ser defectuosa de solemnidad legal; y consequentemente, inualida, y como si no fuera; porque la ley 3. que dixo, *que si el Reo no probare en los diez dias su excepciõ, el remate se haga*, habla indiuidualmẽte en este caso, porque el probar la excepcion, claro està, que debe

be ser, y entenderse *de excepcion legitima, y de la via executiua, plenamente, y con la solemnidad legitima probada, & omnibus suis numeris absoluta; y con todas sus solemnidades, y requisitos*: Porque de otra manera fuera absurda la proposicion, si se dixera que la excepcion de paga, hecha a vn Pupilo, o Menor, sin autoridad de su Tutor, o Curador, auia de impedir el remate, v de la paga hecha a estos sin autoridad del Iuez contra la ley de la Partida, o fecha a el Receptor en su mano, debiendo ser en las arcas: o fecha a el posseedor del Mayorazgo, debiendo ser en algun Deposito, o Conuento: Pues en todos, y qualquiera de estos casos, non est verum dicere *quod probata sit exceptio solutionis*; porque le obstan los tres principios de Derecho vulgares: el primero, *que toda la disposicion de ley, se entiende siempre de acto valido, non de inualido, & nullo*, l.4.§.condemnatum.ff.de re iudicata: El segundo, *que en nuestro derecho paria sunt aliquid non esse, vel inutiliter, & sine debitis solemnitatibus esse*, l.2.ff.de authoritate Tutorum: Y el tercero, *que por mas general que sea la disposicion de la ley, siempre se ha, y debe entender de idoneitate à lege requisita*, l. vt gradatim.§.& si lege. ff. de muneribus, & honoribus, ibi: *Et si lege municipali caueatur, vt certæ conditionis homines in honoribus præferantur, hoc ita intelligendum est, si sint idonei*: Y consequentemente supuesto que la pretensa redempcion de este pleyto, tiene, y padece todos los defectos legales que se han dicho, taliter que no se pueda dezir *que està probada plena, y legitimamente excepcion de paga*; bien se consigue q̃ està legitimamente hecho el remate, y como tal se debe executar sin embargo de apelacion, conforme a la ley 3. de las execuciones. Et hęc de primo Fundamento.

En quanto al segundo, para su refutacion, no sin cuydado premitimos num. 47. la calidad que deben tener las doctrinas: porque aunque son verdaderos en si, y vulgares los principios alegados num.22. A saber, *que la conuencion de las partes dá ley y forma a los contractos, y que lo mesmo fuera, que Doña Maria de la Torre huuiera paccionado entregar este dinero a Iuan Vazquez de Miranda, que ponerle en algun lugar, ò echarlo en la mar*; y que *solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio*. Porque toda la muchedũbre de textos, y doctrinas, que en aquel lugar, y en esta razon se acumulan, en si, y en su caso son ciertas y verdaderas, & non peccant in veritate, sed in applicatione ad præsentem speciè.

El caſo en que hablan, es, en el libre ſeñor y diſponedor de la coſa, iuxta textum, in .l. in re mandata, C. mandati, porque eſte puede bien dar con ſu conuencion ley, y forma al contracto; mandarle que ponga el credito en tal parte, o que lo eche en la mar; porque entonces eſſa forma es el verdadero acreedor: pero el que no es de eſta calidad, ſino ſubordinado a las de otras leyes, y que adminiſtra bienes agenos, de Pupilos, Menores, Igleſias, Patronazgos, Obras pias, ni puede deponer, ni (quien con el contrata) admitir pactos, ni conuenciones, contra lo que las leyes aliàs tienen ordenado que ſe guarde en ſemejantes contractos. Y el vno deſtos es antipoda del otro: y para entrambos texto claro, in .l. in re mandata. 21. C. mandati, de priori, ibi: *Nam ſuæ quoque rei moderator, & adiutor, ex proprio animo facit*: de poſteriori, ibi; *aliena verò negotia exacto officio gerunt; nec quidquam in eorum adminiſtratione neglectum, culpa vacuum eſt*. De que nace, que antes en tal caſo eſte argumento ſe retuerce, y lo que en el caſo paſſado obraua la poteſtad, y libertad del dueño en ſu hazienda, obra en eſte la poteſtad de la ley en ſu hazienda, de la meſma ley, y el defecto que padece el Tutor, Curador, Albacea, Iuez, o Mandatario, que excediendo muda la forma de la ley, y và contra ella; porque la forma de eſta, y no la de aquellos, es la que la dio al contracto: Y aſsi las palabras de la ley Mæuius, ff. de condit. & demonſtrat. que hablan del Teſtador, de quien en ſus bienes dixo la ley, *Diſponat teſtator, & erit lex*. Y las palabras de la regla contractus *ex conuentione partium*, ſe entienden bien, in teſtatore, qui Dominus eſt, & in ſuis rebus liber moderator, & arbiter, & in contrahentibus, qui ſunt domini, & in rebus ſuis, tambien vti tales liberè poſſunt contrahere. Pero los que contratan de bienes agenos, ſon ſus antipodas de eſtos, y no pueden hazer mas, ni diſponer, ni contratar, que en la forma de las leyes; y entonces en ellas ſe retuerce, y alega muy bien la ley Mæuius; y ſe dize, *Quid enim intereſt, vtrûm lex tali perſonæ dari iubeat, aut in tali loco ponere, vel talem ſolemnitatem ſeruare, vel in mare deijcere*. Et hæc de ſecundo Fundamento.

50 El tercero tiene mas facil reſpueſta, aduirtiendo que tambien es antipoda del paſſado, en quanto a que las doctrinas de aquel (ſiendo verdaderas) no eran bien aplicadas; y las

de este,no son ciertas,ni verdaderas; cuya fuerça puede tãto, que obliga al informe contrario,a entrar diziendo por palabras formales,*Que ay algunos tributos,en cuya redempcion se debe guardar cierta forma, y solemnidad, y que si en la imposicion ay clausula de redimir en cierta forma,no ay duda de que esta se debe guardar.* Planè, en los tributos de Capellanias ay esta forma por ley, y en los de los menores,por la ley de la Partida,aunque en el instrumento se diga,*Con obligacion de pagar,o redimir a fulano*;porque esta suposicion se entiẽde, *A fulano, seruata forma legis*: Ergo habemus intentum.

51 Y todo lo que contra esto dixo Guiurba, d.decis.79. aduersatur notissimis iuris principijs,como yo largamẽte fundè en el pleyto,que en mi fauor se executoriò en esta Sala, de la redempcion del tributo,que Don Marcos de Mesa,y otros vezinos de Vtrera hizieron a Don Iuan de Saauedra,siendo como era proprio de vn mayorazgo,que el mesmo posseia, pero cõ clausula *de deposito en el de san Pablo*, puesta por el Fundador del mayorazgo,quando lo incorporò en èl,siendo al principio libre,y sin auersele notificado al impositor, ni a sus herederos, la forma de la redempcion,fundado solamente, en que la debiò saber,o inquirir. Pero, porque si lo que alli se escriuiò, se huuiera de trasladar aqui, era fuerça crecer mucho el volumen,con la breuedad possible se tocarâ algo de ello, correspondiente a lo que en la razon de dudar se apunta;y es,que en este caso, mas eminentemente que en aquel; porque aqui se trata del contracto y distracto, y tiene lugar la regla de la. l. quicum alio,19.ff.de regul.iuris,ibi:*Qui cum alio contrahit,vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ipsius.* Por manera que quien quiera que tratò cõ Capellania, y otorgò tributo en su fauor, como tambien quienquiera que contrata con menor, y que le aya de pagar seis reales, supo, y debiò saber la calidad de su persona,y la forma de como le ha de pagar, y redimir sus censos,y todo lo demas tocante a la materia que se exercia en el dicho contracto de imposicion de censo de Capellania: porque las palabras de aquella ley proceden,non solùm respectu personæ,cum qua contrahitur;como aqui era la Capellania, Surdus cons.13. num.38. Riminaldus cons. 640. num.63. sed etiam respectu rei, contractus, & aliorum iurium de persona

disponentium; Cumanus conf.26.col.1. vbi firmat, *Non excusari mulierem, quód ignorauerit statuta loci, vnde maritus cum quo contraxit, ortus erat*. Decius conf.29.col.1. Gratus conf.42.num.18.volum.2.vbi infert ad emptorem, Roland.de lucro dotis, q. 16. Menochius(qui etiam loquitur in emptore)de recuperanda, remedio 14.num.21.& iterum de præsumptionib. lib.3.præsumpt.88.num.52. Sforcia de restitutione, 1.p.quest.8.num.105. Dominus Præses Couarr.in regula possessor, 2.parte, §.7. num.7.

52 Sin que tenga sustancia (si se replicare a esto) *Que le bastó á Doña Maria, ponerse en el contracto de censo, aquella condicion de redimir á Iuan Vazquez, por el mesmo que era con quien contrataua*, ó que se aprobasse, como pretende que se aprobó por el Prouisor, que le mandó pagar el dinero: porque se excluye con el texto elegante, in.l.diligenter, 5.§.item si mandauero, ff.mandati, adõde auiendo yo mandado a Pedro, *Que vendiesse vna heredad mia por ciento*, la vendiò por nouenta; y reiuendicãdola yo despues, me puso por excepcion el comprador, *Auerla comprado de mi mesmo, mediante la persona de mi Procurador, y por mi mandato, y que assi me obstaua la excepcion rei venditæ*, ex .l.1.§.Celsus ait, ff.de exceptione rei venditæ: y que esto supuesto, verum est dicere, *Rem meam venditam esse mandato meo*; ac subinde me mandatarij mei factum præstare debere, l.seruum, 49.ff.mandati. Y assi parece, que solo me auia de quedar accion mandati directa contra mi mandatario, por la inobseruancia de el mandato; que es a lo que parece que alude la pretension de Doña Maria, diziendo, *Que se ha de reseruar a la Capellania, contra bienes y herederos de Iuã Vazquez de Miranda, o del Prouisor que le mandó pagar*. Pero dexado a parte, que Iuan Vazquez no lo fue en nada in contrahendo, antes totalmente en contrario, en quanto se conformò con el parecer del Letrado de Fabricas; sin embargo determinò el Consulto lo que pretendemos en este pleyto, y que tiene el mandador illeso su derecho: quanuis enim mandatarius fuerit in culpa, in excedendo, & non obseruando limites mandati; longè tamen maior fuit culpa in eo, qui cum ipso cõtraxit, & vti talis subditus regulæ textus, in d.l.qui cum alio, non debuit esse facilis ad credendum potestatem in illo, nisi quæ iure competeret, l.si quis inficiatus, 13.in principio, ff.de positi, & ita

& ita potestatem mandatarij inuestigare debuit, & eius limites inquirere, & peritiores consulere: quod si omisit, nimis credulus fuit, & contra consilium sapientis, *Qui leuis est corde, citò credit*; & quasi cum vero, & absoluto domino suæ potestatis metas excedente contraxit, sibi debet imputare, l. qui hominem, 34. §. si nullo, ff. de solutionibus, l. 1. §. dolum, ff. de eo per quẽ factum erit, nec enim damnum quis videtur sentire, quod ex culpa sua sentit, l. quod quis, 203. ff. de regulis iuris.

53 Y es no menos que frivolo el instar, en que esta redempciõ no es enagenacion: porque de mas de que (como avemos tocado) no es cierta esta proposicion, para el proposito importa poco, pues basta que sea pagamento, que se ha de hazer a persona que por derecho tiene esta forma y solemnidad. Y assi, aviendo visto aquella decisiõ, y otra de Sesse, decisione. 30. tom. 1. à num. 8. y la de Monter. Feliciano de censibus tom. 2. lib. 4. cap. vnico. num. 9. cum seqq. justamẽte cierra el discurso con las palabras siguientes: *Non possum non mirari quo spiritu, qua ve ratione doctissimus Martinus Monter. & prudentissimus ac sapientissimus Senatus ille adductis impulsi fuerint ad sentiendum minori in proposito negandam esse restitutionem in integrum ex eo quod alienatio, solutio, sive redemptio fiat ex necessitate præcedenti, sive præcisa, sive causativa, cum exploratum sit minori gerenti actum ex necessitate impendi beneficiũ restitutionis in integrũ si læsionem patiatur ex rescripto Cesareo in dict. l. 1. C. de prædijs minorum.* Y lo mismo viene a tener Rodriguez lib. 2. q. 15. num. 83. y se prueba con llaneza in dict. l. 4. titu. 14. part. 5. Y en la mesma conformidad, lo determinò otra vez esta Real Audiencia, como lo testifica fundandolo bien, el señor Don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 61. num. 3. & seqq. Et hæc de tertio fundamento, a donde va, tambien embebida la respuesta del. 4. que no haze mas de reprobar la opinion del doctissimo Feliciano de Solis, con los fundamentos que Mõter. y Guiurba, le impugnaron; los quales estan bien reprehẽdidos por el mismo, en las palabras que se acaban de referir, y por las dos executorias de esta Real Audiencia, de que tambien va fecha mencion.

54 Mucho menos cuydado deben dar, antes bien se pueden retorcer las ponderaciones hechas en el quinto fundamento: à saber, que fol. 26. quando se ordenò que la dicha Doña Maria

de

de la Torre huviesse de redimir los quinientos ducados de la Capellania, de que era Capellan Sancho de la Torre, se dixo *que se avian de redimir, á Iuan Vazquez Albacea*: porque esto es incierto, y las dichas palabras convencen no aver sido mas que dezirlas la dicha Doña Maria, de su proprio motu, sin averlas admitido nadie, ni el mesmo Iuan Vazquez de Miranda, ni auto que tal cosa mãdasse, sino dezir la dicha Doña Maria, *Que el dinero que se le mandava dexar en Miguel de Neve, para la redempcion del tributo de Sancho de la Torre, ella lo redimiria, y entregaria fè de redẽpcion á Iuan Vazquez de Miranda*: Cosa que ya se vè quan dissonãte sea, antes de ella se muestra biẽ no aver tenido mas que lo que la dicha Doña Maria quiso poner.

55 Y con la mesma facilidad se cõvence, el dezirse fol.23. *Que los reditos del tributo, se avian de pagar al dicho Iuan Vazquez de Miranda, mientras Don Francisco de Miranda su hijo, Capellan, no tuviesse catorze años*: Pues claro està que siendo su hijo, y mas menor de catorze años, y èl su padre, y administrador legitimo, por estas calidades le tocava la cobrança, y en ella no influia nada la calidad de Albacea que de contrario se pondera, pues aunque fuera muy estraño, siendo padre de Capellan menor de catorze, avia de cobrar los reditos desta Capellania. Y todo esto milita asi mismo para mayor convencimiento de la clausula fol.27. en que se funda todo el discurso desta informacion, y pleyto: sin que prejudique el dezir, *Que el Provisor mandô despachar el mandamiento de pago*: Porque no consta, ni se dize, ni es cierto, que viesse, ni leyesse la dicha escriptura, ni mas de tan solamente, como parece num.14. *Que se avia otorgado la escriptura*, sin expression de calidad alguna de ella, porque esto fue, lo que bastava, y se requeria para efecto de entregarle el dinero, y asi bastò el testimonio del Escrivano con dia, mes, y año, en que se avia otorgado; y las palabras del num.15. ibi: *Que los ha tomado à tributo, segun, y en la forma que yo lo tengo mandado*, no se refieren a la escriptura de tributo, sino al mandamiento precediente, contenido num.14. Como lo dizen claramente las palabras siguientes, y adjunctas dict.num.15. ibi: *Segun y en la forma que yo lo tengo mandado, y se contiene en los mandamientos por mi dados, con que declaro aver cumplido con el deposito que yo mandè hazer de la dicha cantidad en Don Miguel Melgarejo*. Por manera que todo

esto

esto se dirigẽ a Miguel de Neve, Depositario, y para repeticiõ de la forma de retener los quinientos ducados de plata de el mandamiento antecedente, pero no para aprobacion de las condiciones de la escriptura mere voluntarias de Doña Maria de la Torre, y contra la disposicion del Derecho, y en que el Provisor, aunque quisiera, no pudiera dispensar, ni alterar conforme à principios vulgares. Et hæc de 5. fundamento.

56 El sexto, no solo se refuta facilmẽte, sino que antes, (como otros muchos) se retuerze, entendida (como debe) la alegacion de el, porque la regla *de escusarse la Muger, el Menor, y el Soldado, con la ignorancia del Derecho*, tiene lugar, y procede, para que por ella se escusen de incurrir en pena de perder el proprio patrimonio, y adquirirse a otro el derecho de el; no asi per contrarium, para adquirir la muger en su favor, y en perjuizio del Derecho ageno: Y exemplo del primer miembro, es la ley cũ de indebito. §. sin autem. ff. de probationibus, trasladada en la ley. 31. tit. 14. partita 5. que son los textos que se alegan, y no quadran à este pleyto, quando la muger pagò indebidamẽte, y trata de la condiction indebi, que aunque regularmente, para que esta cõpeta, es menester alguna causa justa en el solvente, para que no le obste la disposicion de la ley cuius per errorem. ff. de regulis iuris, y la ignorancia del derecho que tuvo pagando lo que no debia, todavia esto no procede en el Menor, Soldado, y Muger, y para efecto de que no incidan en el daño de perder lo que asi pagaron, respecto de que como tratan de damno vitando, que es perder lo que indebidamente pagaron: y por el contrario el putativo acreedor que cobrò de lucrocaptando, ex ignorantia iuris, in muliere, minore, vel rustico, nihil mirum quod istis ad damnum non noceat iuris ignorantia: Illi vero ad lucrum non prosit; cuyo cõtrario fuera, si el pagante no huviera sido Muger, Menor, o Soldado. Del segundo miembro es exemplo nuestro caso, a donde Doña Maria no pretende evitar daño por su ignorãcia en favor de la Capellania, antes adquirir liberaciõ en perjuizio de ella, y en este caso no le ayuda la ignorãcia del Derecho, vt est textus apertus in. l. iuris 7. ff. de iuris & facti, ibi: *Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet*, & in. l. 8 ibi: *Iuris error nec fœminis in compendijs prodest*. Y lo que se añade de las

leyes del Veleyano, Partida y Toro, de cuyos efectos debē las mugeres ser cercioradas, y avisadas quando las renuncian, antes son en comprobacion de este principio, y de que en renunciando estas leyes, no les aprovecharà su ignorancia, si ellas mesmas pro forma no huvieran añadido: *Que para valer la tal renunciacion, fuesse menester precisamente certioracion individual, y contemporanea; y que de otra suerte no valiesse*: ac subinde, bien se vê quan incivil cosa sea, el pretender Doña Maria, que la ignorancia del Derecho le aya de sufragar, para conseguir liberacion de esta deuda, en perjuizio de la Capellania, su acreedora. Y la diferencia que se pretende constituir entre las leyes comunes, y Synodales, viene à ser vanissima, porque antes estas, por mas peculiares del caso, y del lugar, y Arçobispado donde se cōtraxo, le corrio mayor obligacion de saberlas, ex regula tex. in dict. l. qui cum alio, iuncto el consejo de Cumano, alegado supra num. 51. que con los demas firmar, *Non excusari mulierem quod ignoraverit statuta loci vnde maritus cum quo contraxit, ortus erat*. Et hæc de 6. fundamento.

57 El septimo causa mucho menos perjuizio: porque en quāto à su primera parte de la doctrina de Paulo de Castro, nihil ad rē, porque dexado aparte por aora la certeza della, es muy remota del caso de este pleyto, y la Capellania no trata de apices, ni sutilezas de Derecho, sino de la observancia de vna ley muy clara, y muy puesta en razon, y que con todo rigor se debe observar, por ser como es en favor de las Iglesias, Capellanias, y sufragios de las Animas, que por todos Derechos han, y deben ser favorecidas, argum. text. in l. sunt personæ. ff. de Religiosis & sumptibus funerū. Y en quanto à la segunda parte del fundamento de la competencia del fuero seglar, y Eclesiastico, tambiē le destruye a Doña Maria, porque en este fundamento tambien reconoce el potissimo estrivo en que apoyamos nuestro intento, y que debio ser con auctoridad de juez, pues deduze en controversia *qual debe ser este*: Y lo segundo, suponit falsum, en quanto dize, *Que con auctoridad del juez seglar*: Y lo tercero, porque aunque Feliciano, y otros, sintieron aver de ser la redempcion fecha con auctoridad del juez del redimente, aora sea para apremiar al acreedor q̄ reciba, aora sea para mandar que en su rebeldia se deposite el dinero, toda

via

via la contraria opinion, es mas cierta y recebida, vt, con muchos lo prueba el señor Don Iuan Baptista de la Rea, en la decision Granatense 19. a num. 43. Y lo tercero y vltimo, porque sigase qualquiera opinion que se siga, aliud est la competencia del fuero del juez, que ha de mandar pagar, aliud la legitimacion de persona, à quien le ha de pagar; de que resulta que quando (sin perjuizio de la verdad,) al seglar, (conforme a la opinion de Feliciano,) se concediesse competencia de fuero, y jurisdicion, para obligar a la Capellania, acreedor, a que recibiesse la suerte principal; adhuc todavia la persona que lo huviesse de recebir, como depositario, avia de ser nombrado por el Provisor, à quien la ley lo encargò, y pudo encargar y mandar guardar esta forma en la redempcion, y obligar à qualquiera juez a que la observe, ex regu. text. in dict. l. Mevius. ff. de condit. & demonstrat. cum vulgatis. Et hæc de septimo fundamento.

58 Para expedirnos de el octavo, es preciso distinguir, y digerir la materia de el: porque los Abogados de Doña Maria cõfunden dos questiones, entre si muy diversas. La primera es, en que cosas se deba guardar el Derecho Canonico, en el tribunal secular, aunque en èl aya leyes seculares en contrario. Y la segunda, quando faltando ley secular, se ha de recurrir a la Canonica: y para ello alega la ley. 1. de Toro, que està recopilada en la ley. 3. tit. 1. lib. 2. Recopil. en las quales no se halla râ verbum nullum de obseruantia iuris canonici in tribunali seculari. Y lo que es indubitable, que el Abogado, autor del informe contrario, respexit ad ordinationem Lusitanam, tit. 64. lib. 3. ordinationum, in principio, ibi: *Quando el caso de q̃ se trata, no fuere determinado por ley, estilo, o costumbre de nuestros Reynos, mandamos que sea juzgado (siendo materia que trayga pecado) por los sagrados Canones; y siendo materia, que no trayga pecado, sea juzgado por las leyes Imperiales, aunque los sagrados Canones determinen lo contrario.* La qual vsa de aquellas palabras; que el Derecho Canonico se guarde en el fuero secular, en materia que consigo trayga pecado, que son palabras formales de aquella ordenacion: y otras alli contenidas, *Que no siendo de esta calidad la materia, se guarde en el fuero secular la ley Ciuil, y no la Canonica*: De que pretende sacar el argumento, que por no ser la materia sujeta, de redem-

pcion

pcion de tributos(vt loquitur)peccaminosa,no importa que no se aya guardado la Synodal,y que ni ella es ley general Canonica,sino particular de este Arçobispado,y que aun las ordenanças de las ciudades no ligan,si no estan cōfirmadas por su Mageſtad,o su Consejo:Porque nada de esto causa perjuyzio alguno,si se aduierte que esto no procede en las leyes Canonicas,o estatutos, quæ ratione rerum, & materiæ subiectæ ad se pertinentium disponunt;como son las Iglesias,y bienes de ellas,y Capellanias,y sus bienes y dotes, erectos en espirituales,que en quanto a estos, no puede ser dubitable, que las leyes Canonicas precisamente se han, y deben guardar en el fuero secular, y que otra cosa fuera priuarlas de la libertad, o immunidad Ecleſiaſtica, y que la doctrina q̄ aqui se embuelue,de la materia no pecaminosa, se ha de entender en la merè indiferente, en la qual en cada vno destos dos tribunales se han,y deben guardar sus leyes respectiuamente, en caso que las aya:porque si por el contrario la huuiere en vno, y faltare en el otro, han de recurrir reciprocamente el vno a las leyes de el otro, vt in cap.1.& 2.de noui operis enunciat.que en este argumento se alegan.Planè,por todas razones este argumento se retuerce.La primera,porque esta es ley Canonica,y que dispone, y dà forma en bienes de la Iglesia erectos en espirituales,y como tal,citra dubiū, se ha y debe guardar en el fuero secular. La segunda, porque aunque fuera merè profana,y sobre cosas de esta calidad,no es contraria a ley Ciuil,ni a ley Canonica;antes dispone lo mesmo que la ley de la Partida, y lo mesmo que el titulo de rebus Ecclesiæ,y pretende la perpetuidad,y seguridad de los bienes de la Iglesia, que no ay cosa que mas inculquen, y para que apliquen todos los medios, y penas,que pueden los sagrados Canones. La tercera,porque la dicha Synodal no padece defecto de confirmacion,antes la tiene muy en forma,por la Santidad de Sixto V. adonde con vista y consulta estàn confirmadas las Synodales, con solamente restriccion de algunas pocas tocantes a derecho de singulares personas,ninguna de las quales es esta de que se trata, como parece de la Bulla de dicha confirmacion, que està presentada en el acuerdo.Et hæc de octauo fundamento.

52 El nono tiene ya parte de respuesta en el precediente, sin

que

que le pueda hazer obstancia dezir que nopudo ligar a los legos no subditos, ex regula text. in. l. fin. ff. de iurisdictione omnium iudicum, pues basta que ratione rerum, huviesse jurisdicion, ò ratione contractus, para que todos, aunque sean alienigenas, tengan, y les corra obligacion a guardarlas, porque en esta materia est regula inconcussa, quod leges disponẽtes de rebus, vel earum iuribus, ligant Forenses, tam quoad res inhibi existentes, quam quoad earum iura: quam regulam, & doctrinam posuit Bart. in. l. cunctos populos num. 26. C. de summa Trinitate, & probatur evidẽtissima ratione, nam sicut homines in societate viventes, alicui sub esse debent publicæ potestati, cap. omnis anima de censibus: ita oportet ea omnia, quę ad humanum convictum spectant (prout sunt omnia bona tẽporalia) potestati quoque publicæ subesse, qua scilicet mediante, debito ordine inter homines dispensentur, in eorũque vsum cedant: iuvat verba text. in authentica ingressi. C. de sacrosanctis Ecclesiis, ibi: *se sua que.* Y el texto que se alega en el cap. 2. §. statuto de constitutionibus lib. 6. habla individualmẽte en statuto promulgatorio de descomunió, la qual tiene dos especialidades notables. La primera, vt de ipsius natura, non solum privet excõmunicatum, ne cum aliis communicet; sed etiam alios, ne cum excõmunicato communicent cap. sicut Apostoli, cap. excõmunicato 11. quæst. 3. vnde si in alieno territorio cõmorantes ligarentur excommunicatione prædicta, iam sententia excõmunicationis non subditos proferentis, communione privaret, & inter non subditos ius diceret; contra dict. legem vltimã. ff. de iurisdictione omnium iudicum, & ita illam ad eum effectum iustè allegat Põtifex: Y este es el verdadero entendimiento de aquel texto, y de todos los que escriven en el. La segunda razon de especialidad, es, que la sentencia de excomunion, neque per momẽtum, puede estar impendenti, porque procede en ella la. l. actus legitimi. ff. de regulis iuris, regula actus, eodem titu. lib. 6. De que resulta que pro lata in diem, vel sub conditione, nõ ante lata censetur, quam in instanti advenientes diei, vel impletæ conditionis, Innocentius, Ioannes Andreas, & DD. cõmuniter in cap. præterea (40. per textum ibi) de appellationibus: ac subinde textus ille de sentẽtia excõmunicationis

dispo-

disponens propter prædictas duas specialitatis rationes, ad præsentem casum nequaquam adaptari posit. Et hæc de.9. fundamento.

60 A el dezimo se halla ya respondido con lo propuesto, y supuesto, en los precedientes, y con los principios que tantas vezes avemos duplicado, y repetido; A saber, que procede en las excepciones, que fueren excepciones, hoc est *validas, é idoneas, puestas por parte legitima, y con la solemnidad de la ley*; porque estas tales, y suponiedose en ellas terminos habiles, no seran comprehendidas, ni sujetas a las leyes, ò estatutos generales, *omnium exceptionum exclusivos*, en fuerza de su favor, y privilegio, hoc est, que son del vientre del instrumento, que como èl es guarẽtigiado para la accion, lo ha de ser tambien igualmente para la excepcion; en su mesmo contexto contenida: Pero esto ya se vê, que ha de ser data in omnibus æqualitate; id est que el cõtrayente tuviesse igual facultad, y potestad para lo vno, y para lo otro, y fuesse in re sua liber moderator, & arbiter; porque sino fuere de esta calidad, sino manca la potestad, lo serà tambien la excepcion que en ella tuviere, y pusiere su fundamento, ex regula text. in cap. cum Paulus, 1. q. 1. Y assi en este sentido procede muy bien, y es muy cierta, y verdadera, la decisiõ de Iosepho de Sesse 255. tom. 3. desde el num. 14. porq̃ es evidente quanto dize, y asienta; pero cõ vn supuesto, que es dueño, y libre arbitrador de la cosa, el que puso en el instrumẽto las palabras de que se origina la excepciõ, y que fue vnica en todo, y por todo la potestad adquisitiva de la accion, y atributiva de la excepcion, puestas en el instrumento; con que ya se vê quãto es inaplicable a los terminos de este pleyto. Et hæc de 10. fundamento.

61 El 11. tambien, es de la calidad de aquellos, que se retuercen contra quien los alega, advirtiendo que la ley quod servus 35. ff. de solutionibus, para su retorcusiõ necessita, de que se advierta, que antes esta era la razon de dudar de aquel texto; A saber, que el contrayente, que cõtraxo con el esclavo, en la materia, y causa peculiar, ò pecunia dominica, estava sujeto a las leyes peculiares è dominicas; y consequentemente sabia, ò debia saber, que si el esclavo, despues de este contrato, era, o manumitido, ò enagenado, y cessava la causa de poderle pa-

le pagar, ò distratar con èl, el contrato, que cõ el avia celebrado, erat inculpa; y lomesmo in deposito hecho porel esclavo, prueba el texto in, l. quod servus. 11. vers. non tantum. ff. depositi, & ita videbatur liberatio non contingere; servus enim qui â Domino, vel alienatus est, vel manumissus, nihil amplius ei adquirere potest, sed vel sibi ipsi, si manumissus fuerit; vel novo Domino si alienatus; solius enim Domini, qui nunc actualiter est, persona inspicitur, cum de facienda per servum adquisitione tractatur; toto titulo per quas personas nobis acquiritur. Pero la razon de decidir, es, que al que paga, ò distrae, le basta tener en su favor, la voluntad del señor, de q̃ quiso que fuesse capaz para recebir, y distraer; lo qual queda contenido en el mesmo acto de aver contrardo con el, y con su mano, y con su permission; como fue en entrambos casos de la ley quod servus. 35. ff. de solutionibus, en el primero, ibi: *Quod servus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset*: Y en el segundo; ibi: *Si permissu domini servus negocium dominicum gessisset*; Con que a entrãbos casos dà el Consulto por razon de decidir, ibi: *Videntur enim voluntate Domini, qui cum servo negotium contraherent, & ab eo accipere, & ei solvere.*

62 Y la razon de esta razon, es porque el deudor, o depositario non tenetur factum illud alienum manumissionis, vel alienationis divinare. l. si fideiussor. 29. ff. mandati: Per contrarium autem manumittẽs, vel alienans de facto proprio tenebatur certiorare debitorem, ne solveret servo manumisso, vel alienato, y sino lo hizo sibi debet imputare, porque el deudor ignorô la mudãça justamẽte, y el señor le debio avisar de ella, y lo omitio injustamente, como dixo Vlpiano in dict. l. quod servus. ff. depositi in fine, ibi: *Non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso, vel alienato ex iustis causis liberatio contingat; scilicet si quis ignorans manumissum, vel alienatum solvit idemque, & in omnibus debitoribus servandum Pomponius scribit.*

63 Pero toda esta disposicion de Derecho tan ajustada, nada tiene comun cõ el caso de este pleyto, sino todo ex diametro opuesto, y las diferencias siguientes.

64 EN el caſo de aquellos textos (como acabamos de apũtar) todo ſe hizo por el eſclauo, con volũtad, y permiſsion del ſeñor. De que reſultò por preciſa conſequencia, aquella trazon, que igualmente voluntate domini à ſeruo accipere, & ſeruo ſoluere potuit. Lo contrario en eſte caſo, adonde Doña Maria de la Torre no contratò con Iuan Vazquez de Miranda, ni recibiò eſte dinero del ſuſodicho, y aſsi no ſe lo pudo pagar.

Segunda Diferencia.

65 QVe aunque huuiera contratado con Iuan Vazquez de Miranda, y el Prouiſor le huuiera dado facultad para ello, y en virtud de ella huuiera entregado eſte dinero a Doña Maria de la Torre, nunca todavia ſe dixera con verdad, *Que alli iva embeuida voluntad del Prouiſor, que tambien ſe lo redimieſſe al meſmo Iuã Vazquez de Mirãda, de quiẽ lo recibia*, reſpecto de q̃ en eſte caſo auia (como ay) la ley Synodal impeditiua de aq̃l cõcurſo, *ab eo accipere, & ei ſoluere*. Y q̃ antes dize, *Que aunque los Patronos, o Capellanes, ſean partes para dar, y recibirſe de ſu mano los tributos de las Capellanias, no aſsi todavia lo ſon, antes incapaces, y prohibidos de recebir ſus redempciones*: Ita quòd, en eſte caſo ſe dà vn medio, que es la ley impeditiua de los dos extremos, *à quo, & ad quem*: Y aſsi nueſtro caſo, en quanto a eſto, juſtamente es antipoda de el de aquellos textos.

Tercera Diferencia.

66 EL caſo de aquellos textos conſiſte, en que el deudor, o depoſitario, que voluntate, & permiſſu domini contratò con el eſclauo, eſtà ſeguro, que aquella voluntad, o permiſsion de el ſeñor, dura y perſiſte, y no ay, ni ſe preſume mudança de ella, mientras no ſe le auiſare, y mucho mas ſiendo procediente de hecho ſubſeguido del meſmo ſeñor, y que eo ipſo fue culpable en no auiſarle, y cerciorarle de el, vt in terminis probat bonus textus, in d. l. ſi fideiuſſor, 29. ff. mandati, ibi: *Si cum debi-*

debitor soluisset, ignarus fideiussor solueret, puto eum mandati habere actionem; ignoscendum est enim ei, si non diuinauit debitorem soluisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori, iam se soluisse, ne fortè creditor obrepat, & ignorantiam eius circumueniat, & excutiat ei summam; in quam fideiussit. En este caso no se funda mudança, ni se propone auer sido nunca voluntad, de q̃ se redimiesse à Iuan Vazquez de Miranda, sino que desde su principio huuo ley resistente, de que no se pudiesse pagar al susodicho.

Quarta, y vltima Diferencia.

67 ES, que en el caso de aquellos textos, siempre todavia como la razon de su decidir consiste en la culpa del que no auisô, y en la falta de culpa del que no auisado ignorò, si esta causa cessasse, y realmente interuiniesse alguna causa, por la qual el pagador pudiesse entender, que no era voluntad del señor, ya que se pagasse al esclauo ya manumitido, o enagenado, no le pagaria bien el deudor, ni conseguiria liberacion, d. l. quod seruus, ibi: *Rectè solui potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intelligi possit, inuito eo, cuius tunc is seruus fuisset, exsolui*, dicta l. quod seruus, ibi: *Nec vlla causa interuenit, quare putari posset, dominum reddi nolle; hoc ita est, si potuit suspicari iusta scilicet ratione motus, vel crediderit Dominum non inuitum fore huius solutionis, liberari poterit.* Planè, nulla maior causa potest excogitari, ex qua intelligi possit, inuito domino solui: que vna ley prohibitiua, como es la Synodal de este Arçobispado, que lo tiene anteuisto, y dado forma indiuidual, y prohibitiua, mandando que aya dado Patrono, Capellan, Prouisor, Albacea, o quienquiera q̃ sea, el tributo de la Capellania, y tenido la voluntad de la ley, para contratar, en el mesmo instante que contratò, no la tiene para distratar, ni recebir, sino la persona, o depositario, que el Prouisor, que a la sazon ocupare la silla, nõbrare para ello; y que todo lo q̃ de otra manera se hiziere, se echa en la mar, non parit liberationem, y el tributo queda en su fuerça y vigor; y assi esta condicion està puesta en el tributo. Y si el impositor, deudor, de su cabeça, y sin voluntad de parte, puso, o dispuso otra cosa en el cõtrato, todo esto es culpa suya, y nin-

guna de quien no le auisò. Et hæc de vndecimo fundamento.

68 El duodecimo, y vltimo, no tiene menos facil respuesta, y a mi corto entender, tambien se retuerce, como algunos de los demas, concediendo (porque este ha sido siempre mi sentir) que en la via executiua no ha lugar replicacion, ni mas de tan solamente accion del executante, y excepcion del executado, y que las leyes del Reyno en este sentido no hablan de otra cosa. Pero esto es lo mesmo que mas apretadamente haze por la justicia que defiendo, atendiendo a que esto procediera muy bien, si la excepcion de paga y redempcion, opuesta, estuuiera entera, legitima, eficaz, y sin ninguna controuersia, que estos son los proprios, y estrechos terminos de la replicacion: porque de la mesma forma y manera, que *Exceptio est actionis bene fundatæ exclusio*, l. 1. cum ibi notatis, ff. de exceptionibus, principio institut. eodé, ibi: *Licèt ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit; tamen iniqua sit aduersus eum, cum quo agitur*: Tambien la replicacion *debet esse iustæ exceptionis exclusio*. Textus optimus in principio, institut. de replicationibus, ibi: *Interdum euenit, vt exceptio, quæ prima facie iusta videtur, iniqué noceat; quod cûm accidit, alia allegatione opus est, quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur, atque resoluitur ius exceptionis; veluti cúm pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat; deinde posteá in contrarium pacti sunt, id est, vt creditori petere liceat.* Por manera, que aqui se propone accion eficaz, y luego excepcion tambien eficaz, que la excluya y elida, y luego replicacion tambié eficaz, que excluya y elida la excepcion.

69 Con este presupuesto, las doctrinas de Nicolas Garcia, y Salgado, que para este fundamento se alegaron, antes fauorecen este intento, porque proceden en la execucion que haze el Pensionario, a quien se opone por excepcion, estar extinta, porque mudò a estado de Matrimonio, o Professsion, que no se niega, y se dize solamente, que aunque el Pensionario muestre dispensacion (que viene a ser replicacion) no se ha de proceder a remate. Y aqui viene bien la doctrina, que la excepcion de la extincion es llana, y muy liquida; y que aunque por la dispensacion la quieren hazer altioris indaginis, hæc altior indago non oritur ex natura exceptionis; sed ex replica

plicatione pensionarij, quæ (vt diximus) in via executiua non procedit. Y esta es la doctrina de Nicolas Garcia, 1.p.c.5.§.4. num.557. & sequentibus; y de Salgado, 2.tom.part.3. cap.3. à num.77.

70 Aplicado pues esto al caso de este pleyto, dezimos, que la diferencia consiste, en que aqui la excepcion de redempcion no solamente es llana (como de contrario immeritamente se supone) antes ninguna, y sin substancia, por todo lo que està dicho: y assi la Capellania no necessita, ni opone replicacion contra excepcion fuerte y vencedora; sino que no ay excepcion a que replicar, ni que necessite de replicacion, ni exclusion, sino que ella en si mesmo *satis se ipsam repellit, & excludit*; porque no tuuo substancia, ni existencia, ex defectu formæ potestatis, & solemnitatis, y assi no se aplica el dezir, que *altior indago oritur ex replicatione*: porque non oritur en este caso, sino ex ipsa exceptione, que no tiene las calidades que debio tener, para merecer este nombre.

71 Y vltimamente, pro coronide, respondemos a vna instancia, que tambien hizo el Abogado de Doña Maria, a la vista; A saber, que si esta condicion de la escritura, y clausula de poder redimir a Iuan Vazquez de Miranda, fue ninguna, como pretende el Capellan, lo ha de ser precisamente tambien toda la escritura, sin auerse podido executar en virtud de ella: Porque se excluye con mucha facilidad, con las dos reglas, y principios de Derecho, quod *Vtile per inutile nõ vitiatur: neque sicut accessorium naturam sequi congruit principalis; ita è conuerso, principale naturam sequi congruit accessorij*. Nunquam enim propter accessorium vitiosum, inutile, vel extinctum, inficitur principale legitimum, l.fundi, 8. ff.quibus modis vsusfructus. cap. 1. de consecrat. Ecclesiæ, cum multis notatis in reg.accessorium, de reg.iur.lib.6.

72 Y assi no tiene ninguna incompatibilidad, que la escritura de tributo sea (como fue) valida en todo, y por todo lo que lo pudo ser; y que las partes quisieron, y pudieron contratar: no assi empero, en quanto a la clausula de redimir a Iuan Vazquez de Miranda, que Doña Maria puso, sin poderlo hazer.

Ex quibus parece bien fundada la juſticia de la Capellania, y ſer notoria; tan lexos ſe halla de contener injuſticia notoria la ſentencia del Ordinario, y que conſequentemente ſe le debe deboluer, para que la execute. Saluo, &c.